Cartagena de Indias D.T y C., catorce (14) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-33-33-012-2016-00268-01**
Demandante	**KELLYS MARÍA DE LA OSSA CÁRDENAS**
Demandado	**NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**
Tema	*SANCIÓN MORATORIA Sentencia CE-SUJ-02513 -2018 unificación Consejo de Estado- SANCIÓN MORATORIA DOCENTE.*

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del diecinueve (19) de Diciembre de 2017, por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se decidió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por KELLYS MARÍA DE LA OSSA CÁRDENAS, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra del NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

2.1. La demanda[1].

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora KELLYS MARÍA DE LA OSSA CÁRDENAS instauró demanda de nulidad y

[1] Folios 1-15 c/no 1

restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.2. Pretensiones

"PRIMERO: Que se declare la nulidad del Oficio No. 2016EE1488 del 27 de junio de 2016, frente a la petición presentada el día 18 de abril de 2016, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción moratoria de la demandante.

SEGUNDO: Que se declare que la señora KELLYS MARÍA DE LA OSSA CÁRDENAS, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006; en consecuencia, condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE MAGANGUÉ – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEMAGANGUE, al pago de 1 día de salario por cada día de retardo contados desde los 65 días hábiles desde cuando se presentó la petición respectiva.

TERCERO: Que se dé cumplimiento al fallo, de acuerdo con lo establecido en el art. 192 y ss., del CPACA.

CUARTO: Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE MAGANGUÉ – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE MAGANGUÉ al reconocimiento y pago de la actualización o indexación de la condena.

QUINTO: Reconocer y pagar los intereses causados en favor del actor.

SEXTO: Condenar en costas y agencias en derecho."

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

El demandante expone que, el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, fue creado por medio de la Ley 91 de 1989, y tiene bajo su competencia el pago de las cesantías a los docentes de los establecimientos educativos de orden oficial.

Que, por haber laborado como docente en una institución educativa de carácter estatal, solicitó, el 09 de abril de 2015, el reconocimiento y pago de

sus cesantías; siendo reconocidas las mismas, mediante Resolución No. 0133 del 01 de septiembre de 2015, y pagadas el 02 de febrero de 2016.

Manifiesta, que la administración tenía un plazo de 65 días para el pago de las cesantías en comento, el cual vencía el 16 de julio de 2015, sin embargo, solo lo realizó el 02 de febrero de 2016, transcurriendo un total de 195 días de mora.

Afirma el actor que, con escrito del 18 de abril de 2016, solicitó el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, ante la entidad demandada, sin embargo, ésta negó el reconocimiento del derecho en mención.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

Ley 91 de 1989 : Artículos 5 y 15
Ley 244 de 1995 : Artículos 1 y 2
Ley 1071 de 2006 : Artículos 4 y 5

2.4.1 Concepto de la violación

Ley 91 de 1989. Artículo 2 numeral 5

La demandante tiene la calidad de nacional o nacionalizado y la prestación fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, situación por la que la sanción moratoria está a cargo de la demandada y está obligada a responder por la situación.

Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006

Indica que la demandada dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2º de la misma ley, tiene un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la fecha en que quede el acto administrativo para cancelar la prestación.

Explica el demandante que se transgredieron las disposición constitucionales citadas y de manera especial las legales por cuanto se desconocieron los

términos o plazos establecidos para el reconocimiento y pago de las cesantías y al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, con lleva el hecho de haber expedido el acto de reconocimiento en términos que excedieron los establecidos en la norma, o por el hecho de haberse expedido oportunamente el acto de reconocimiento pero por no haber realizado el pago de los dineros reconocidos en el acto dentro del tiempo máximo que el precepto legal establece, se transgrede la norma y se desconoce el espíritu bajo el cual la misma fue desarrollada.

Explica que la Ley 244 de 1995 fue sustituida por la Ley 1071 de 2006, es claro que la intención del legislador, fue buscar que una vez el empleado quedara cesante en su empleo, pueda obtener unos recursos rápidos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos al retirarse o perder su trabajo.

Que el espíritu garantista de la ley 1071 de 2006 al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía, está siendo burlada por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación, con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, obviando la protección de los derechos del trabajador, haciéndose el Fondo de Prestacional del Magisterio acreedor de la sanción que corresponde por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

2.5 Contestación de las partes demandadas

2.5.1 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio[2]

Esta entidad dio contestación a la demanda el 25 de septiembre de 2017, manifestando que las pretensiones del actor no están ajustadas a derecho, puesto que debió demandar a la entidad administradora de los recursos del magisterio, que es la FIDUPREVISORA. Añade, que a los docentes no les es permitido el reconocimiento de sanción moratoria por el no pago de las cesantías, debido a que las normas que regulan sus derechos no lo contempla; como son la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005.

Además de lo anterior, expone que no es posible realizar el pago oportuno de las cesantías a los empleados del magisterio, toda vez que el Fondo de Prestaciones Sociales no cuenta con recursos para ello. Agrega, que no puede generarse el cobro de unos intereses moratorios cuando al actor se le

[2] Folio 44-55 c. 1

reconocieron y pagaron sus cesantías en tiempo, de acuerdo al orden de turnos manejados a la hora de radicar la petición de pago de cesantías.

Como excepciones de fondo la parte demandada propuso las siguientes:

-Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma: Se estructura por cuanto su pretensión se basa en una norma, desconociendo el ordenamiento jurídico de manera integral, en el que se encuentra también las normas y sentencias en las cuales fundamenta su posición.

-Pago: Que ha cancelado a la demandante todas y cada una de las prestaciones periódicas que han sido causadas a su favor teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestal y el principio de igualdad.

- Cobro de no debido: Indicando que no existe sustento normativo o jurisprudencial que justifique la prosperidad de lo solicitado, puesto que la demandada no podía ordenar el pago, so pena de incurrir en pago de no debido en los términos del artículo 2313 del Código Civil.

-Compensación: Expresa que sin que implique reconocimiento del derecho alguno, solicita en caso de ser procedente, se declare la compensación de las sumas de dinero pagadas por la demandada.

-Excepción genérica o Innominada: Solicita que se declare probada de oficio cualquiera que el fallador encuentre en los términos del Artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

-Buena Fe: La demandada cita como antecedente la Sentencia T-475 de 1992 y agrega que ha actuado de buena fe exenta de culpa, inclusive, durante todos los trámites efectuados por la parte demandante y en cumplimiento de las normas que regulan la materia.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA[3]

Por medio de providencia del 19 de diciembre de 2017, el Juez Doce Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su

[3] Folio 67-76 c. 1

conocimiento, accediendo a las pretensiones de la demanda, exponiendo que, la normativa aplicable tratándose de la sanción moratoria derivada del no pago oportuno de cesantías, es el artículo 5° de la Ley 1070 de 2006, por medio de la cual, se subrogó el artículo 2° de la Ley 244 de 1995, aun cuando los beneficiarios de ella, hagan parte del personal docente.

La juez de primera instancia encontró que la entidad demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías parciales solicitadas por la demandante, por lo tanto, declaró la nulidad del acto acusado, ordenado reconocer y pagar la sanción moratoria a la que hace referencia la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, consistente en el pago de un día de salario por cada día de retraso en el pago de las cesantías.

Concluyendo que la demandada incumplió con el término de 70 días, previsto para el pago de la sanción moratoria, explicando que el pago debió producirse el 24 de julio de 2015, pero solo se hizo el 29 de enero de 2016; además, que la solicitud de pago de la sanción por mora se realizó el 18 de abril de 2016 y la demanda se presentó el 17 de noviembre de 2016, luego entonces, no se ha configurado la prescripción trienal, en consecuencia la sanción por mora se causó desde el 25 de julio de 2015 al 28 de enero de 2016.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN[4]

Por medio de escrito del 22 de enero de 2018, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 19 de diciembre de 2017, en lo que se refiere a la falta de disponibilidad presupuestal, y en el hecho de que la Ley 1071 de 2006 no contempla el reconocimiento de sanción moratoria por el pago retardado de las cesantías a los docentes.

Además de lo anterior, la apoderada de la entidad accionada hizo énfasis en el hecho de que el Ministerio de Educación debe ser excluido de la condena, toda vez que ésta entidad no tiene entre, su competencia, la función de expedir el acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, así como tampoco profirió el oficio por medio del cual se le denegó a la actora la sanción moratoria; bajo ese entendido, debe considerarse la existencia de una falta de legitimación en la causa por activa.

[4] Folio 78-87 cdno. 1

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendado 15 de agosto de 2018[5], se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 04 de octubre de 2018[6], se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante: La parte accionante presentó su escrito de alegados[7].

6.2. Alegatos de la parte demandada[8]: Esta entidad, presentó su escrito de alegados el 17 de octubre de 2018, ratificándose en los argumentos de la apelación.

6.3. Concepto del Ministerio Público: El Agente del Ministerio Público presentó concepto el 07 de noviembre de 2018[9], solicitando se confirme la sentencia de primera instancia.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes.

7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

---

[5] Folio 4 cdno 2
[6] Fol. 09 cdno 2
[7] Fols. 24-27 cdno 2
[8] Folios 12-22 cdno 2
[9] Folios 28-30 cdno 2

7.3. Acto administrativo demandado.

- Oficio No. 2016EE1488 del 27 de junio de 2016, frente a la petición presentada el día 18 de abril de 2018, que negó el derecho a pagar la sanción moratoria del demandante.

7.4 Problema jurídico.

El problema jurídico que se planteará, está determinado por los argumentos expuestos en el recurso de apelación presentado por la parte actora y la sentencia de primera instancia, así:

¿Tiene derecho la señora KELLYS MARÍA DE LA OSSA CÁRDENAS, al reconocimiento y pago de una sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, conforme con lo establecido en la Ley 1071 de 2006?

¿Le corresponde al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO asumir el pago de dicha sanción, por el no pago oportuno de las cesantías parciales a la accionante?

En caso de que la respuesta a los anteriores interrogantes sea positiva, debe responderse lo siguiente:

¿Se causó en favor de la señora KELLYS MARÍA DE LA OSSA CÁRDENAS, el derecho a reclamar una sanción moratoria por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas?

¿Es la inexistencia de disponibilidad presupuestal, un hecho que exonera a la entidad pagadora de la sanción estudiada?

7.5 Tesis de la Sala

La Sala considera que la sentencia apelada debe ser **modificada** en cuanto a la indexación de la sanción moratoria, y en todo lo demás; será **confirmada** toda vez que para el caso de los docentes del sector público también resulta aplicable la sanción moratoria establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, aunque la Ley 91 de 1989 que regula de manera especial el pago de cesantías para los docentes, no contempla la sanción moratoria por el retardo en el pago, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, ha reconocido la

aplicación de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector público, siendo esta posición, a criterio de esta Sala de Decisión, la que mejor responde al principio de favorabilidad que debe primar en materia laboral y al de igualdad material de los docentes frente a los otros servidores públicos que sí se ven cobijados por dicha prerrogativa; de allí que, en vista de la finalidad que llevó a establecer la sanción moratoria por el retardo en el pago de cesantías, no es posible excluir a los docentes que se podrían encontrar en la misma situación.

Con el objeto de dar solución a los problemas jurídicos propuesto, es necesario que la Sala analice, lo siguiente: (i) De la sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales o definitivas en favor de docentes; y (ii) el caso concreto.

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

7.6.1 De la sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales o definitivas en favor de docentes.

La cesantía es una prestación social, originada en una vinculación de tipo laboral, que beneficia no sólo al trabajador adscrito al sector privado sino también al vinculado al sector público, sea cual sea la modalidad bajo la cual se haya generado el vínculo y que se reconoce, de manera parcial cuando se dan los supuestos fácticos que originan el derecho a ella o en forma definitiva luego del retiro del servicio, siendo su oportuno pago, en ambos eventos, asunto de trascendencia constitucional.

En armonía con lo anterior, está establecido que el incumplimiento de los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías, parciales o definitivas, da lugar a la imposición de una sanción moratoria con sujeción a lo dispuesto especialmente en los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y 1° a 6° de la ley 1071 de 2006, normas que se cita como fundamentos del presente fallo, absteniéndose el Despacho de trascribirlas en virtud de lo ordenado en el artículo 187 del CPACA, que al regular el contenido de la sentencia, dispone que se citen los textos legales que se apliquen al caso.

Sobre la interpretación de dicha normativa por parte del H. Consejo de Estado, se aplica reciente Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, de fecha 18 de julio de 2018. Rad: 73001-23-33-000-

2014-00580-01(4961-15), Actor: Jorge Luis Ospina Cardona, Demandado: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima, en la que se analiza las distintas hipótesis para el reconocimiento de la indemnización moratoria por falta de pago oportuno de las cesantías, sentencia que permite extraer las siguientes conclusiones:

- **Ley aplicable:**

La Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.

- **Momento a partir del cual se hace exigible la obligación**

Precisa el momento a partir del cual se hace exigible la sanción por mora en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía será vencido los 65 o 70 días con que cuenta la administración para expedir el acto de reconocimiento de las cesantías y realizar el pago efectico de las mismas así:

Se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006); 10 días del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se iniciará a causar la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Igualmente resume dicho término en las siguientes hipótesis:

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición

		para expedir el acto		
ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal 10	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

- **Trámite para el reconocimiento de la cesantía en el sector docente**

En lo relativo al trámite para el reconocimiento de la cesantía en el sector docente, se tiene que el mismo fue reglamentado por los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 16 de agosto de 200511, previó unos términos especiales, que la Sala resumió así:

[10]Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cueles, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.
[11]«Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6 del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»

	Trámite	Entidad encargada	Término
1	Radicación de la petición de cesantías parciales o definitivas	Secretaría de educación de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado el docente.	
2	Elaboración del proyecto de acto administrativo y remisión a la sociedad fiduciaria	Secretaría de educación territorial	Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación de la petición
3	Aprobación o razones para improbarla	Sociedad fiduciaria	Dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución
4	Suscribir la resolución y efectuar la notificación	Secretario de educación territorial	Dentro del término previsto en la ley
5	Remisión a la sociedad fiduciaria de la copia de los actos administrativos de reconocimiento, junto con la constancia de ejecutoria	Secretaría de educación territorial	Dentro de los 3 días siguientes a la firmeza del acto administrativo

Sin embargo, considera que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005 en el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y de la Ley 1071 de 2006 para la sanción moratoria en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, pues ello desconocería la jerarquía normativa de la ley sobre el reglamento.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el Decreto Reglamentario 2831 de 2005 desconoce la jerarquía normativa de la ley, al establecer trámites y términos diferentes a los previstos en la Ley 1071 de 2006 para el reconocimiento y pago de la cesantía, en el sector docente oficial. En razón de lo expuesto, y haciendo uso de la «excepción de ilegalidad», consagrada en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, se inaplicó, para los efectos de la unificación jurisprudencial, la mencionada norma reglamentaria, y se instó al Gobierno Nacional a que en futuras reglamentaciones tenga en cuenta los términos y límites prescritos en la ley para la causación de la sanción moratoria por la mora en el pago de las cesantías.

Así las cosas, sostiene que, en virtud de esa jerarquía normativa debe prevalecer el mandato contenido en la Ley 1071 de 2006 en el trámite de las solicitudes de cesantías que promuevan los docentes oficiales.

- **Salario base de liquidación de la sanción moratoria**

Sobre el salario base de liquidación de la sanción moratoria, se llega a las siguientes conclusiones:

RÉGIMEN	BASE DE LIQUIDACIÓN DE MORATORIA (Asignación Básica)	EXTENSIÓN EN EL TIEMPO (varias anualidades)
Anualizado	Vigente al momento de la mora	Asignación básica de cada año
Definitivo	Vigente al retiro del servicio	Asignación básica invariable
Parciales	Vigente al momento de la mora	Asignación básica invariable

- **La indexación de la sanción moratoria**

Finalmente y en lo relativo a la indexación de la sanción moratoria reitera que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

7.6.2 Entidad competente para el pago de la sanción moratoria.

En relación con los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", con ponencia del Consejero WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, llegó a la conclusión que es al Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del FOMAG, la entidad obligada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el desembolso tardío de las cesantías.

Al respecto recalcó:

> *"el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.*

Por lo tanto, es con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se cubren tanto las cesantías de los docentes afiliados a este, como la sanción moratoria que se cause por la su pago oportuno, sin que tenga responsabilidad alguna el ente territorial, quien solo actúa en nombre del fondo.

7.8 Caso concreto

7.8.1 Hechos Probados

- Resolución 0133 del 01 de septiembre de 2015, por medio de la cual se reconoce unas cesantías parciales para compra de vivienda[12].

- Oficio del 24 de junio de 2016, por medio de la cual se da respuesta a la petición de reconocimiento y pago de una sanción moratoria, de radicado 2016EE1488[13].

- Comprobantes de pago del banco BBVA, donde se encuentra a disposición el dinero para su pago desde el 29/01/16[14].

- Oficio No. 2016PQR2112 radicado el 10 de mayo de 2016, por medio del cual la señora KELLYS MARÍA DE LA OSSA CÁRDENAS reclama el pago de una sanción moratoria[15].

7.8.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

En el caso bajo estudio se advierte que, la señora KELLYS MARÍA DE LA OSSA CÁRDENAS, presta sus servicios como docente en la institución educativa JUANAARIAS Municipio de Magangué - Bolívar, desde el 01 de agosto de 2008 al 30 de diciembre de 2013.

Que, en virtud de lo anterior, radicó ante la Secretaria de Educación y Cultura de Bolívar, una solicitud de reconocimiento y pago parcial de cesantías, con fecha 9 de abril de 2015; siendo respondida la misma, mediante de Resolución No. 133 del 01 de septiembre de 2015, por medio de la cual se le reconoció a la hoy demandante el valor de $6.813.017 millones de pesos por concepto de cesantías parciales[16].

---

[12] Folio 22-23 cdno.1
[13] Folio 20-21 cdno. 1
[14] Folio 24 cdno. 1
[15] Folio 18-19 cdno. 1
[16] Folio 22-23 cdno 1

Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, se encuentra que, en el caso de los docentes, debe dársele aplicación preferente a las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 en el trámite de las solicitudes de cesantías que promuevan los docentes oficiales, por lo que la Sala procederá a realizar el siguiente análisis de cara a determinar si la demandada incurrió en mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales solicitadas:

Primera Etapa	
Radicación de la solicitud	9 de abril de 2015
Expedición del acto administrativo (15 días)	Hasta el 30 de abril de 2015

Ejecutoria del acto administrativo (10 días) C.P.A.C.A	Hasta el 15 de mayo de 2015
Segunda Etapa	
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 24 de julio de 2014

Ahora bien, en el caso bajo estudio, se advierte que el plazo para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales, venció el 30 de abril de 2015; sin embargo, la Resolución No. 133 que tenía por objeto tal finalidad, solo fue expedida el 1° de septiembre de 2015, es decir, de manera extemporánea.

Bajo ese entendido, debe tenerse en cuenta que, la ejecutoria del acto que reconoce cesantías debe contabilizarse desde la fecha en la que se debió expedir el acto de reconocimiento, es decir, 30 de abril de 2015, sin tener en cuenta el plazo con que contaba la entidad para realizar la notificación del mismo, como quiera que, la producción del acto administrativo fue extemporánea.

Como vemos, el plazo para efectuar el pago de las cesantías feneció **24 de julio de 2015**, pero el mismo solo se llevó a cabo el día **29 de enero de 2016** (Fl. 24) por lo que la entidad demandada FOMAG, en su calidad de pagadora de la cesantía reclamada, incurrió en una mora de 188 días, contados desde el 25 de julio de 2015 al 28 de enero de 2016.

7.8.3 Indexación de la sanción moratoria

De otro lado pero dentro del mismo contexto, está Corporación se pronunciará, de manera oficiosa, sobre la indexación de la sanción moratoria, y para el efecto se apoyará en un pronunciamiento del Consejo de Estado[17], que ha expresado:

> *"Sobre el particular es pertinente citar la jurisprudencia que indica la posición pacífica que ha mantenido la Sección Segunda en este punto, a saber: "[...]*
>
> *Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella.*
>
> *Ha dicho la Sección Segunda que:*
>
> *"la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995 [...]"*
>
> *Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria."*

Así las cosas, con fundamento en la sentencia transcrita, esta Magistratura, considera que no era procedente acceder a la pretensión de indexación y se revocará, atendiendo que la *A quo* ordenó reajustar conforme lo establece el artículo 187 del CPACA

7.9. Conclusión

En este contexto, considera esta Corporación que se acreditó que el legislador en la Ley 1071 de 2006, no excluyó a los docentes oficiales de la aplicación de la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantías, a contrario sensu su inclusión fue asentida en la exposición de motivos de la

[17]CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A" Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, 17 de noviembre de dieciséis 2016 Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01

norma en cita, dado que el propósito de la misma era unificar el régimen prestacional a todos los servidores públicos, incluyendo los del sector de educación, los cuales no tienen un régimen especial y por lo tanto, se rigen por las normas generales sobre el tema.

Relativo al segundo interrogante jurídico hilvanado, se tiene que es el Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del FOMAG, es a quien le corresponde el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el desembolso tardío de las cesantías a los docentes oficiales conforme con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005.

En cuanto al tercer interrogante formulado, la respuesta será positiva toda vez que, al actor le asiste derecho para reclamar la sanción moratoria por el pago retardado de las cesantías definitivas.

Por último, el cuarto problema jurídico planteado, la respuesta será negativa, será negativa, dado que la inexistencia de la disponibilidad presupuestal, como causal de exculpación para el incumplimiento del pago oportuno del auxilio de cesantías, no es un argumento viable, en tanto son las mismas normas reguladoras de la materia las que establecen 65 o 70 días hábiles como término en los cuales debe cumplir la entidad pública nominadora con el pago de la respectiva obligación prestacional.

En consecuencia, esta Sala **MODIFICARÁ** el fallo de alzada, en el sentido que la sanción moratoria no se indexa, y se confirmará lo relativo al periodo de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías parciales, en el término de 188 días, comprendidas entre el 25 julio de 2015 al 28 de enero de 2016.

VII.- COSTAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada en el presente asunto, ante la prosperidad parcial del recurso.

VIII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia del 19 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

SEGUNDO: En consecuencia, REVOCAR lo relativo a la indexación reconocida en la sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás a la sentencia recurrida.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS, por lo expuesto.

QUINTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala. 120 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
En uso de permiso